

## قراءات فقهية جديدة في إطار تطوّر القانون

د/ بن رجّال آمال، أستاذة محاضرة ا  
ط/ د علي موسى خدوجة

### مقدمة

توضع النصوص القانونية على ضوء اعتبارات معيّنة، غير أنه عند تطبيقها قد تظهر حالات جديدة لم ترد على بال المشرع وقت إعدادها، الأمر الذي يتطلّب شرح النص وتفسيره قصد التوصل إلى معرفة إرادة المشرع الحقيقية. لا يهتم المشرّع كذلك، بالجانب النظري، وإنما ينصبّ اهتمامه أكثر، بالفرضية والحل المناسب للمسألة المراد تنظيمها.

يمرّ النصّ التشريعي قبل إصداره على مراحل عدّة، فهو يبدأ مشروعا حكوميا حيث تقوم الوزارة المعنية بصياغة النص التشريعي، فيُعرض على مجلس الحكومة، ثم مجلس الوزراء وقد تُدخل عليه في هذه المرحلة بعض التعديلات، ويُعرض بعد ذلك على البرلمان (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) حيث يتمّ مناقشته من قبل النواب، ثم المصادقة عليه. وقد تسجل أيضا تعديلات وتغييرات على مشروع النص في هذه المرحلة. كما يحتمل أيضا أن تكون الصياغة النهائية لنص القانون محلّ توافق بالنظر إلى تباين رؤى مختلف الأطراف، وقد يضاف إلى أحكام النص استثناءات، وقد يصبح النص القانوني- في مثل هذه الحالات- صعب الفهم، فيكون لرجال القانون دورا هاما في تفسيره على ضوء كل ما صدر خلال مختلف مراحل إعداده.

يتولّى القضاة من جهتهم، الفصل في النزاعات المرفوعة أمامهم وإيجاد الحلول المناسبة لها بتطبيق النص القانوني الملائم لها، وقد يضطرون في هذا الإطار إلى تفسير ذلك النص لاسيما إذا كان يكتنفه غموضا، ومن المحتمل أن يظهر بعض التفاوت في تفسيرات النصوص القانونية، على غرار ما حدث على سبيل المثال- بشأن نص المادة 324 مكرر 1 مدني بخصوص الشكلية، إذ يعتبر البعض أن الشكلية المطلوبة هي للإثبات كون النص ورد في باب الإثبات، في حين اعتبرها البعض الآخر شرطا للانعقاد، كون الجزاء المترتب هو بطلان التصرف، وهو ما يجعل هذه الوضعيات تمس بالأمن القانوني<sup>1</sup>.

يساهم الفقه القانوني بدوره من خلال قراءاته وتفسيراته وتعليقاته المختلفة للنصوص القانونية، سواء تعلق الأمر بالاستثناءات التي ترد على بعض النصوص القانونية، أو كشف الغموض عنها، أو تضارب القرارات القضائية، في حل تلك الصعوبات، وذلك إما بإبراز نظريات انطلاقا من مجموعة الاستثناءات التي ترد على القواعد أو النصوص القانونية (أولا)، أو برفع وإزالة الغموض الذي يشوب بعض النصوص القانونية خاصة تلك المتعلقة بغموض بعض المصطلحات المستعملة فيها (ثانيا)، أو بإعطاء وجهة نظر بخصوص ما يتوصل إليه الاجتهاد القضائي في قراراته (ثالثا).

**أولا- إبراز نظريات قانونية:**

<sup>1</sup>- استمر هذا الخلاف لمدة تفوق العقدين، حيث لم يتم حسم الأمر إلا سنة 1997، راجع القرار رقم 136156، الصادر عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا بتاريخ 18/12/1997؛  
أنظر أيضا: علي فيلال، الشكلية في العقود، "تعليق على القرار رقم 136156، الصادر عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا بتاريخ 18/12/1997، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 34، عدد 03، ص. 715-730.

تعدّ النظريات من اختصاص الفقه، وهي "مجموعة من المفاهيم والتعريفات والاقتراحات التي تعطينا نظرة منظمة لظاهرة ما قانونية، علمية-". وهي تُعنى بإعطاء التفسيرات للنصوص القانونية، سواء بقراءة جديدة، نقدية، سلبية أو إيجابية.

يحاول الفقه من خلال هذه النظريات تقديم تصوّر عام للقاعدة القانونية بشأن موضوع ما، وذلك حتى يسهل استيعابه من طرف رجال القانون، وكذا لتسهيل تطبيق النصوص القانونية الخاصة بهذا الموضوع. فكل هذه الجهودات تجسّد مدى مساهمة الفقه في التّمكّن من العلوم القانونية وتطويرها، فلقد واكبت النظريات القانونية الفقهية التحوّلات التي عرفها القانون وتطبيقاته، تماشياً مع التطورات الفكرية، الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في المجتمع، على غرار النظريات المختلفة التي وضعها الفقه القانوني بشأن مثلاً تطور أساس المسؤولية المدنية نذكر منها: نظرية تحمل التبعة لـ Saleilles و Josserand، أو نظرية الضمان، لـ Boris Starck، أو تلك المتعلقة بنظرية البطلان، أو النظرية العامة للعقد... وغيرها.

لقد اخترنا في إطار هذه المداخلة، التطرّق إلى القراءات الفقهية الجديدة بشأن بعض الأحكام المستثناة من القاعد العامة، فهذه الأحكام كما هو معروف هي بطبيعة الحال خاصة تخرج عن الفلسفة العامة التي تستند إليها القاعد العامة، إلا أنها تصبح أحياناً بالنظر إلى التطورات المختلفة الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، وراء ظهور رؤية وفلسفة قانونية جديدة. ونستعرض في هذا السياق وعلى سبيل المثال بعض الاستثناءات الواردة عن النظرية العامة للعقد (1) وكذا بعض الاستثناءات الواردة بعض النصوص الخاصة (2).

### 1- قراءة جديدة في بعض الاستثناءات الواردة على نظرية العقد:

نتطرّق في هذا الإطار إلى فكرة إنقاذ العقد (1.1)، وفكرة نقض العقد بالإرادة المنفردة (2.1).

#### 1.1- استقرار المعاملات وراء إنقاذ العقد الباطل:

يترتّب على العقد الذي لم يستكمل أركانه أو لم يستوف شروطه البطلان أو الإبطال، ورغم اختلاف الأحكام التي تسري على كل من البطلان والإبطال، فإن أثر كل منهما- من حيث المبدأ- واحد، وهو زوال العقد كلياً ومن يوم إبرامه، أي بأثر رجعي<sup>2</sup>. وبما أن العقد لم يبقى شأن المتعاقدين بل أصبح ذا طابع اجتماعي، فإنه يمكن في بعض الأحيان إنقاذه من البطلان أو الإبطال عن طريق تحويله (1.1.1)، أو إنقاذه (2.1.1) حفاظاً على استقرار المعاملات وهذه قراءة جديدة للعقد.

#### 1.1.1- نظرية تحويل العقد:

تضمّنت المادة 105 من القانون المدني حكماً يبدو استثنائياً<sup>3</sup>، يقضي بإمكانية تفادي زوال كل أثر للعقد الباطل أو القابل للإبطال، وذلك بتحويل هذا العقد إلى عقد صحيح وذلك عند توافر شروط معيّنة والتي يمكن تقسيمها إلى شروط موضوعية وأخرى ذاتية<sup>4</sup>، فالأولى تستلزم أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال، وأن تتوافر فيه عناصر عقد آخر صحيح، وأما الشرط الذاتي فيتمثل في اتجاه الإرادة المفترضة للمتعاقدين إلى هذا العقد الصحيح.

أخذ المشرع هذه النظرية من القانون الألماني<sup>5</sup>، وقوامها ضمان استقرار المعاملات عن طريق إنقاذ العقد بتحويل العقد الباطل أو القابل للإبطال إلى عقد جديد، فيترتّب هذا العقد الجديد -وهو الصحيح- كل

<sup>2</sup>- فيلالي علي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص.343.

<sup>3</sup>- تنص المادة 105 من القانون المدني على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

<sup>4</sup>- سوالم سفيان، نظرية تحوّل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 29 ديسمبر 2017 السنة التاسعة، ص.141.

<sup>5</sup>- راجع تفاصيل هذه النظرية، محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، ص 337 وما بعدها.

آثاره<sup>6</sup>. وتوصل الفقه إلى وضع نظرية تحوّل العقد، باعتبارها تنطبق على كل العقود أيًا كانت إلى جانب نظرية البطلان.

إنّ القاضي مطالب بموجب نص المادة 105 السالفة الذكر، بالاجتهاد وإيجاد الحلول المناسبة لإنقاذ العقود من البطلان وتحويلها إلى عقود صحيحة ضمن الشروط التي تقتضيها نظرية تحوّل العقد، فهو يلعب دورا هاما في هذا الشأن، ومجال تدخله لا ينحصر عند الإقرار بكل حالة توفرت فيها شروط تطبيق هذا النص، بل يمتدّ أيضا، إلى معاينة الحالات التشريعية التي تضمنتها نصوص قانونية متفرقة<sup>7</sup>، فالمشرّع سنّ بعض التطبيقات العملية لتحوّل العقد بقوة القانون دون الحاجة إلى تحقق الشروط التي جاء بها نص المادة 105 السالفة الذكر.

إنّ الهدف من إقرار تحوّل العقد، الذي لم يعد شأن المتعاقدين، هو التقليل من حالات البطلان لضمان استقرار المعاملات، وعليه يظهر تحوّل العقد كنظرية إلى جانب نظرية البطلان. وبالتالي، فإذا تمسك أحد الأطراف ببطلان العقد الأصلي، فإن ذلك لا يفقد القاضي سلطته في تحويل هذا العقد إلى عقد آخر متى توفرت شروطه القانونية، أما إذا ثبت له عدم انصراف نية الأطراف المحتملة إلى تحويل العقد الباطل إلى الآخر، فإنه يمتنع عليه تحويل العقد احتراماً لإرادة الأطراف وحرّيّتهم التعاقدية<sup>8</sup>.

لقد أبرز الفقه من خلال نظرية تحوّل العقد أهمية هذه الآلية، فهي تستجيب للتحوّلات والمتطلّبات الجديدة للقانون المعاصر، والمتمثلة في البحث عن استقرار العلاقات العقدية، وذلك بإنقاذ العقد من البطلان، وتوفير ضمان أكبر للمتعاقدين للحفاظ على مصالحهم، بإنشاء عقد جديد تبعاً لإرادتهم المحتملة.

### 2.1.1- نظرية إنقاص العقد:

تضمّنت المادة 104 من القانون المدني أيضا حكما يبديوا استثنائيا<sup>9</sup>، اتّخذ منه الفقه أساسا لوضع نظرية إنقاص العقد، ويقصد بها إنقاص شقه الباطل أو القابل للإبطال وإبقاء العقد صحيحا في شقه الآخر، وتسمى هذه العملية كذلك بالبطلان الجزئي<sup>10</sup>، حيث يبطل جزء من العقد فيصبح منعدا وكأنه لم يكن، أما الجزء الآخر فيبقى صحيحا ويرتب كل آثاره القانونية<sup>11</sup>.

الأصل أنّ العقد الباطل هو عقد معدوم، لا ينتج أثره، إلاّ أنّه واستثناء على ذلك قد يقتصر بطلان العقد على شق منه دون الشق الآخر، فيرتب العقد آثاره الكاملة بالنسبة للشقّ الصحيح، ويتمّ إنقاص العقد بتوفر شروط معينة نصّ عليها المشرّع في المادة 104 السالفة الذكر، وتتمثل في: بطلان شق من العقد، إذ يعتد بالإنقاص إذا كان العقد باطلا في بند من بنوده أو في جزء منه فقط، ويحدث هذا الوضع-عادة- إذا تضمّن العقد شرطا أو بعض الشروط المخالفة للقانون<sup>12</sup>، كما يشترط أن يكون الشق الباطل غير مؤثر، فإذا كان هذا الشق الباطل هو الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد فلا يجوز إنقاص العقد، كما يشترط أيضا أن يكون العقد قابلا للانقسام<sup>13</sup>.

6- علي فيلالي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، مرجع سابق، ص 365 وما يليها.  
7- من هذه التطبيقات نذكر ما نصت عليه: المادة 204 من قانون الأسرة "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية"، وكذا المادة 776 من القانون المدني "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية"، كما قضت المادة 14 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم "يعتبر عقد المبرم لمدة محدودة خلافا لما تنص عليه أحكام هذا القانون، عقد عمل لمدة غير محدودة، دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في هذا القانون".

8- سوالم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 146.  
9- تنص المادة 104 من القانون المدني على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله".

- محمد حبار، المرجع السابق، ص 372 ما يليها.<sup>10</sup>  
11- علي فيلالي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، مرجع سابق، ص. 354-357؛ بن شنيّتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 1996.

12- طبقا للمادة 556 من القانون المدني، عند إبطال شرط سقوط ضمان المهندس المعماري أو المقاول، فإنهما يلتزمان بالضمان متى توفرت الشروط المقررة لذلك.

13- علي فيلالي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، مرجع سابق، ص. 355 و 356.

يهدف الإنقاص إلى الحدّ من عمل البطلان، بحيث يبقى العقد قائماً في الجزء الصحيح منه، وعليه فإنّ نظرية إنقاص العقد بدورها تسعى إلى استقرار المعاملات بين أطراف العقد<sup>14</sup>، وبنفس الوقت تسهّل على القاضي تحديد الجزء الباطل من العقد، وإبقاء الجزء الصحيح.

## 2.1- العدل والنفع أساس جديد لنقض العقد بالإرادة المنفردة

كان العقد ولا يزال من أهم المصادر الإرادية للالتزام، وبموجب الحرية العقدية يستطيع الأفراد إبرام ما يشاؤون من العقود مع احترام ما يقضي به القانون والنظام العام في الدولة. وعليه فإذا نشأ العقد صحيحاً وجب على المتعاقدين احترامه، *Pacta sunt servanda*<sup>15</sup> فهو ينشئ بين عاقيه التزامات تكون من حيث قوتها الإلزامية أشبه بالالتزامات التي يضعها القانون، لذلك يقال "العقد شريعة المتعاقدين"، فلا يستطيع المتعاقد أن يُخلّ بالتزاماته، وإنما يجب عليه تنفيذ ما التزم به في العقد إذ ليس لأي من طرفيه كأصل عام، نقض أو تعديل آثاره، إلاّ بموافقة الطرف الآخر، أو للأسباب التي يقررها القانون. كما يلتزم القاضي أيضاً، باحترام اتفاق المتعاقدين وتطبيق ما اتفقا عليه، إذ يُمنع عليه من حيث المبدأ أن يعدّل أو يغيّر مضمونه إلاّ ما قد يتبيّن له أنه منافي للقانون والعدالة، فالعقد في العلاقة التي ينظّمها بين عاقيه هو بمثابة قانونهما الخاص.

إنّ مبدأ القوة الملزمة للعقد يجعل العقد شريعة المتعاقدين، غير أنّ التزام كل من طرفي العقد بما جاء فيه، وعدم قدرة أي منهما نقضه أو تعديله إلاّ بموافقة الطرف الآخر، يُعدّ مبدأ عاماً يرد عليه استثناء، حيث أجاز القانون نقض أو إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

إنّ نقض العقد بالإرادة المنفردة أو إنهاء استثناء قانوني أجازته المادة 106 مدني "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون" فالمشرع من خلال هذا النص منح لأحد المتعاقدين أو كلاهما، سواء بنص في القانون أو باتفاقهما، حق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ودون موافقة الطرف الآخر، فيتخلّص المتعاقد الذي يقوم بالنقض من التزاماته العقدية دون أن تقوم مسؤوليته العقدية، وعليه فإنّ نقض العقد بالإرادة المنفردة، رغم أنّه يبدو متناقضاً مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، لكنّه ممكن وفعال، وضروري أيضاً في بعض الحالات<sup>16</sup>.

لقد أثار هذا الاستثناء اهتمام الفقه القانوني، حيث اتخذ موضوعاً لدراسات معمّقة، واتضح من خلالها أنّ نقض العقد بالإرادة المنفردة، يتضمّن عدة حالات استثنائية، منها ما جاء في القانون المدني نفسه (كأنسحاب الشريك من الشركة، إنهاء عقد العارية، إنهاء عقد الوديعة، إنهاء عقد الوكالة، إنهاء عقد الإيجار)، وأخرى وردت في نصوص متفرقة (كالرجوع في الهبة، الخلع، إنهاء عقد العمل، حق الرجوع في عقد الاستهلاك)، بالإضافة إلى قدرة أحد طرفي الاتفاق من إنهاء العقد بالاتفاق، بالتالي فإنّ دراسة كل هذه الاستثناءات تُمكن من وضع نظرية فقهية عنوانها: "نظرية نقض العقد بالإرادة المنفردة" تعالج فيها جميع الحالات التي تنتهي العقد بالإرادة المنفردة، وكذا خصوصيات هذا التصرف، من حيث الأسباب التي يمكن للمتعاقدين الاستناد عليها للأخذ بها، وكذا من حيث الآثار التي يترتبها ومقارنتها مع بعض النظم القانونية الأخرى.

إنّ كل هذه الاستثناءات بيّنت أنّ نقض العقد محدّد قانوناً، ويختلف من عقد لآخر، كما انّ المشرع ترك حريّة النقض للمتعاقدين بالاتفاق على ذلك، وفي جميع هذه الحالات، فإنّ نقض العقد يستند في أسباب وجوده إلى اعتبارين أساسيين<sup>17</sup>: فهناك عقود يكون النقض فيها أساسه حريّة الفرد، على اعتبار أنّ

<sup>14</sup>- بوهالي جميلة، إنقاص العقد، مذكرة ماستر، جامعة الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص. 3.

<sup>15</sup> - Maxime romaine qui signifie « Les contrat doivent être respectés ».

<sup>16</sup>- Claude Fabien, « La rupture du contrat par volonté unilatérale en droit québécois », Revue général de droit, volume 36, numéro 1, 2006 [www.google.com](http://www.google.com) vu le 08 /12/2021 : «La rupture du contrat par volonté d'une seule partie peut parâtre paradoxale, elle est pourtant possible, efficace, est même nécessaire dans certains cas ».

<sup>17</sup> - قسمي أحلام، نقض العقد "إنهاء العقد بالإرادة المنفردة"، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013، ص. 09.

المشرّع سمح للمتعاقدین فیها بالاتفاق علی مدة العقد، والتي قد تكون طويلة أو لم يتطرقا إلى تحديدها فأغفلها وتركاها للزمن ليحدّد نهايتها، مما يضيف على العقد طابعا أديا فيمس بحرية الفرد. كما قد يكون الأساس الثاني المعتمد هو الاعتبار الشخصي، والذي يكون سببا للتعاقد، فسواء كان هذا الاعتبار مرتبطا بشخصية الطرف المتعاقد، أو حتى لاعتبار شخصي يتعلّق بالتعاقد في حد ذاته، أجاز المشرّع حق النقص من خلاله.

إضافة إلى هذين الاعتبارين ترك المشرّع حرية النقص لاتفاق المتعاقدین، حيث يدرج هذا الاستثناء الذي يسمح لأحدهما أو كلاهما بنقض العقد أي بإنهائه بالإرادة المنفردة، فيكون النقص في هذه الحالة عبارة عن شرط يدرجه المتعاقدین في العقد.

إنّ نقض العقد بالإرادة المنفردة لم يعد مجرد استثناء، وإنما أصبح ظاهرة قانونية نتيجة تعدّد الحالات الاستثنائية، وتقاسمها عناصر مشتركة فرضت على رجال القانون وضع نظرية تتعلّق بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، عالجا فيها: حالات نقض العقد بالإرادة المنفردة، والتي قد تكون بقوة القانون أو باتفاق المتعاقدین، وكذا أحكام نقض العقد بالإرادة المنفردة وفصلوا فيها خصوصية نقض العقد من حيث آثاره، وتمييزه عن باقي النظم القانونية الأخرى، كالفسخ، البطلان، التراجع، العدول، الإنهاء، التقايل.

## 2- قراءة في الاستثناءات في النصوص الخاصة

تعتبر كل من نظرية النظام العام الحمائي أو الاجتماعي(1.2)، وكذا نظرية التعويض عن الأضرار الجسمانية (2.2) من أهمّ النظريات التي وضعها الفقه انطلاقا من النصوص القانونية الخاصة.

### 1.2- بروز نظام عام حمائي- اجتماعي

تتميز القواعد القانونية بوجود صنفين من القواعد: الأمرة والمكمّلة، فالقاعدة الأمرة هي من النظام العام لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، بينما القاعدة المكمّلة يمكن الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها، لكن في حالة عدم اتفاقهم على ذلك فإنها تصبح مكمّلة لاتفاقاتهم فيلتزمون بتطبيق ما نصّت عليه تماما كالقاعدة الأمرة.

أفرز تطور المجتمع خاصة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، ضرورة حماية مصالح بعض الفئات، كالعامل، المستأجرین، والمستهلكين، وغيرهم، وتتم حماية هذه المصالح الخاصة عن طريق إلزام المتعاقدین ببعض الواجبات، كاحترام الحد الأدنى للأجور، احترام مدة العمل القانونية، والتزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك<sup>18</sup> وخدمة ما بعد البيع<sup>19</sup>،... الخ، ورغم أنّ هذه المصالح الخاصة وإن كانت لا تهم المجتمع ككل- فإنها أصبحت جديرة باهتمام المجتمع وحمايته، لاعتبارات عدّة، ومن ثم ألحقت بقواعد النظام العام.

يمكن تصنيف أحكام النظام العام الاقتصادي من حيث قوتها الإلزامية، إلى نوعين<sup>20</sup>: أحكام تتعلّق بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي وأحكام تتعلّق بالنظام العام الاجتماعي أو الحمائي.

تعد أحكام النظام العام الاقتصادي التوجيهي ملزمة ولا يمكن مخالفتها، فهي قواعد تهتم بتنظيم الاقتصاد الوطني، كتنظيم السوق، الاستثمار، وتنظيم التجارة الخارجية، حيث يتم ضبط القوانين حسب السياسة الاقتصادية المتبعة، وتكون أحكامها ملزمة لا يمكن مخالفتها، بأي شكل من الأشكال.

أمّا أحكام النظام العام الاجتماعي أو الحمائي فتتضمّن بعض القواعد أو الشروط لحماية المتعاقد الضعيف، وتكون ملزمة في مواجهة الجميع، لكن يجوز مخالفتها لصالح الطرف الضعيف فهذه الأحكام لا تسمح بإنقاص الحقوق التي تتضمنها، ولكن يجوز للمتعاقدین الزيادة فيها، إلى جانب ذلك يمكن

18- انظر المواد: 9، 10، 11، 13، 17 من القانون رقم 03-09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر العدد 15، الصادرة في 8 مارس 2009.

19- المرسوم التنفيذي رقم 21-244 المؤرخ في 19 شوال عام 1442 الموافق 31 مايو سنة 2021، يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع ج. ر. العدد 45، الصادرة في 9 يونيو 2021.

20- علي فيلالي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، مرجع سابق، ص. 281-289.

للطرف المستفيد من الحماية أن يتنازل عنها بعد اكتساب الحق محل الحماية<sup>21</sup>. فاتفاقية العمل الجماعية - مثلا- تهدف إلى تحسين القواعد التشريعية دون مخالفتها، فيمكن مخالفة النظام العام الاجتماعي بالتنازل عن الحماية الدنيا المقررة بما هو أصلح وأنفع للعامل، من خلال تضمين اتفاقية العمل الجماعية على مزايا كثيرة للعمال، عملا بقاعدة الأكثر نفعاً للعمال، ومثل هذا الاستثناء رخص به التشريع المتعلق بعلاقات العمل كما نظم حالات مخالفته<sup>22</sup>، فلا يمكن الاتفاق في اتفاقية العمل الجماعية على أجر أقل من الحد الأدنى المضمون<sup>23</sup>، ولكن يجوز للعامل عندما يكتسب هذا الحق أن يتنازل عنه بكل حرية. إن هذه الميزة الخاصة بأحكام النظام العام الاقتصادي الاجتماعي، تنعكس على الجزاء الذي تربيته المشرع على مخالفته فالقضاء يبطلان التصرف القانوني لمخالفة أحكام هذا النظام يخدم مصالح الطرف القوي، لذلك فإن حماية المتعاقد الضعيف تقتضي إبقاء العقد لا إبطاله، فيترتب على مخالفة النظام العام الاقتصادي الاجتماعي إذا إبقاء العقد وإبطال الشرط التعسفي، أو إعفاء المتعاقد من تنفيذه<sup>24</sup>. كما قد يتمثل الجزاء كذلك في استبدال الشرط المخالف للنظام العام بحكم القانون<sup>25</sup>.

## 2.2- بروز نظام جديد للتعويض عن الأضرار الجسمانية:

كان ولا زال التعويض عن الأضرار الجسمانية يعالج عن طريق المسؤولية المدنية، غير أنه وردت على هذا الموضوع استثناءات في نصوص خاصة تشكل نظاما جديدا لتعويض الأضرار الجسمانية، حيث تعود بواده الأولى إلى الأمر رقم 66-183<sup>26</sup>، حيث يُمنع على الضحية أو ذوي حقوقها المطالبة بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية طبقا لما نصت المادة 109 في فقرتها الأولى التي جاء فيها: " لا يجوز للمصاب أو لذوي حقوقه رفع دعوى القانون العام قصد الحصول على تعويضات عن الحوادث والأمراض المنصوص عليها في هذا الأمر وذلك مع مراعاة المواد 113-117 من هذا الأمر...". ثم صدر نص خاص ثاني أي الأمر رقم 74-15<sup>27</sup>، يتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار يهتم بتعويض ضحايا حوادث المرور، وتلاه صدور سلسلة من التشريعات الخاصة، وهي: القانون رقم 83-13 يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية<sup>28</sup>، القانون رقم 90-19 المتضمن العفو الشامل<sup>29</sup>، قانون رقم 90-20 المتضمن التعويضات الناجمة عن قانون العفو الشامل<sup>30</sup>، المرسوم التنفيذي رقم 99-47 المتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب، وكذا لصالح ذوي حقوقهم<sup>31</sup>، المرسوم الرئاسي رقم 02-125 يحدد حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية<sup>32</sup>، المرسوم الرئاسي رقم 06-93 والمتعلق بتعويض ضحايا

21- المرجع نفسه، ص. 273 و 274.

22- فاضل خديجة، "اتفاقية العمل الجماعية مصدر لقانون العمل"، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الدول عن بعد الجزائر 11 أبريل 2021 تحت عنوان "مصادر القانون بين السيادة الوطنية والمتطلبات الجديدة"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، عدد خاص نوفمبر 2021، ص. 320 و 321؛ أنظر أيضا، المادتين 62 و 118 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج. ر. العدد 17، 1990 المعدل والمتمم.

23- المادة 87 من القانون رقم 90-11 السالف الذكر.

24- كما نصت على ذلك المادة 110 من القانون المدني بخصوص عقود الإذعان.

25- كما نصت على ذلك المادة 136 من القانون رقم 90-11 سالف الذكر، "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون"، أنظر أيضا، علي فيلالي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، مرجع سابق، ص. 289 و 290.

26- مؤرخ في 21 يونيو 1966، جريدة رسمية العدد 55، الصادرة في 28 يونيو 1966.

27- مؤرخ في 30 يناير 1974، جريدة رسمية، العدد 15، صادرة في 19 فبراير 1974.

28- مؤرخ في 02 يوليو 1983، جريدة رسمية، العدد 28، صادرة في 05 يوليو 1983.

29- مؤرخ في 15 غشت 1990، جريدة رسمية، العدد 35.

30- مؤرخ في 15 غشت 1990، جريدة رسمية، العدد 35.

31- مؤرخ في 13 فبراير 1999، جريدة رسمية، العدد 09، سنة 1999.

32- مؤرخ في 07 أبريل 2002، جريدة رسمية، العدد 25، صادرة في 14 أبريل 2002.

المأساة الوطنية<sup>33</sup>، والمرسوم الرئاسي رقم 06-94 المتعلق بإعانة الدولة للأسر التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب<sup>34</sup>. استندت كل هذه الحالات الخاصة، إلى متغيرات أو اعتبارات عدة تبعاً لتكريس حق الفرد في سلامته الجسدية دستورياً<sup>35</sup>، باعتباره حق من حقوق الإنسان<sup>36</sup>.

إن هذه الظاهرة القانونية الناجمة عن تزايد التشريعات الخاصة المتضمنة التعويض عن الأضرار الجسمانية لم يعد ينظر إليها على أنها مجرد استثناءات، بل أصبحت تشكل ظاهرة قانونية جديدة، تفرض على رجال القانون إعادة النظر فيها، وهذا ما حصل عند بروز نظام التعويض عن الضرر الجسمني خارج نظام المسؤولية المدنية.

لقد كانت هذه الظاهرة محل قراءة فقهية جديدة منها رسالة الأستاذة لحلو خيار غنيمية تحت عنوان<sup>37</sup> «Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique» ثم تلاها كتاب جماعي ضمّ أساتذة من كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 وجامعة Pau الفرنسية فيسنة 2012 بعنوان «L'émergence d'un nouveau droit de l'indemnisation des dommages corporels»<sup>38</sup>.

وكانت نتائج هذه الأعمال تنصبّ على إبراز أركان وشروط هذا النظام الجديد، وإعطاء تفسير ومبررات لهذه التشريعات الخاصة التي تتقاسم بينها عناصر مشتركة تتمثل في كون التعويض يخص الضرر الجسمني فقط، وهو يقع على عاتق المجموعة وليس على المتسبب فيه، وهو تعويض تلقائي بقوة القانون وجزافي. سمحت هذه العناصر المشتركة عند جمعها بوضع تصوّر موحد ومحل نظرية جديدة، تتميز كلياً عن نظام المسؤولية المدنية من حيث الأركان والشروط.

**ثانياً- قراءة فقهية جديدة للنصوص الجديدة: قانون 04-11<sup>39</sup>:**

يجب أن تراعى صياغة النصوص القانونية الدقيقة من حيث المصطلحات التي يجب اختيارها بعناية، باعتبار أن المصطلح القانوني يختلف عن نظيره الأدبي، فهذا الأخير، يتميز بتنوّع مرادفاته، بينما يتّصف الأول بالدقة والنّبّات، بحيث يجب استخدام المصطلح ذاته مهما تعدّدت النصوص القانونية، بينما الملاحظ في القوانين الوضعية، هو ظاهرة التعدّد في استخدام المصطلحات، بل غموضها وتناقضها في بعض الأحيان، وهي ظاهرة نبّه إليها الفقه القانوني في العديد من الحالات، نذكر منها على سبيل المثال ما جاء في أحكام القانون رقم 04-11 المتعلّق بنشاط الترقية العقارية من غموض(1)، وتناقض(2) بشأن عقد البيع على التصاميم.

**1- التعريف القانوني لعقد البيع على التصاميم:**

<sup>33</sup>- مؤرخ في 28 فبراير 2006، جريدة رسمية، العدد 11، صادرة في 28 فبراير 2006.

<sup>34</sup>- مؤرخ في 28 فبراير 2006، جريدة رسمية، العدد 11، صادرة في 28 فبراير 2006.

<sup>35</sup>- تنص المادة 38 من دستور 2020 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020، ج. ر. العدد 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020 على: "الحق في الحياة لصيق بالإنسان، يحميه القانون، ولا يمكن أن يحرم أحد منه إلا في الحالات التي يحددها القانون"؛ وتنص المادة 39 من نفس الدستور على "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة. يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، واللاإنسانية أو المهينة، والاتجار بالبشر".

<sup>36</sup>- راجع المواد: 3، 4، 5 وغيرها، من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 127 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

<sup>37</sup>- Lahlou-Khiar Ghenima, Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique, thèse pour doctorat d'état, université d'Alger, fac de droit, 2005.

<sup>38</sup>- حيث ضمّ هذا المؤلف مجموعة من الفقهاء الجزائريين أذكر منهم:

أ/د علي فيلال، أ/د خيار لحلو غنيمية، SYNTHESE GENERALE، أ/د علي بن شنب، أ/د واعراب سليمة، مصطفى قارة فريدة، وفقهاء أجاناب منهم: Virginie Iarribau-Terneyre، Pr Robert، la garde Pr Josette وآخرون.

<sup>39</sup>- القانون رقم 04-11 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 6 مارس 2011.

عرّف المشرّع عقد البيع على التصاميم من خلال الالتزامات الرئيسية التي يتحمّلها أطرافه -المركبي العقاري والمكاتب- وهي تحويل حقوق الأرض وملكية بناية بالنسبة للأول، مقابل دفع الثمن مع تقدم الأشغال بالنسبة للثاني، حيث نصت المادة 28 من القانون رقم 04-11 الذي يحدّد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السالف الذكر على " عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يكرّس تحويل حقوق الأرض وملكية البنائيات من طرف المرقبي العقاري لفائدة المكاتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل، يلتزم المكاتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز...".

رغم أن تعريف المشرّع لعقد البيع على التصاميم المذكور أعلاه، يبدو متناسقا مع أحكام عقد البيع في القانون المدني<sup>40</sup>، لكن بعض الفقه<sup>41</sup> لاحظ أن المصطلحات المستخدمة في نص المادة 28 تعتبر غامضة، على غرار "تحويل حقوق الأرض" كما لاحظ ذات الفقه، أن التعريف الوارد في المادة 28 المذكورة أعلاه، يشوبه الغموض ويتناقض مع بنود العقد النموذجي المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 13-42431، خاصة من حيث المحل الذي ينصب عليه عقد البيع على التصاميم وهو محل غير موجود وقت إبرام العقد - شيء مستقبلي- ما زاد من غموض تعريف هذا العقد، وهو ما أثار التساؤل حول الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المرقبي العقاري هل هو نقل الملكية أم البناء والتشييد، وما الذي ينقله هذا العقد للمكاتب هل ملكية الأرض في مرحلة أولى، ثم البناية في مرحلة ثانية، أم هما معا؟<sup>43</sup>.

لقد اتضح لهذا الفقه<sup>44</sup>- بعد تحليله لعدة مواد<sup>45</sup> نصّ عليها القانون 04-11 السالف الذكر- أنّ المشرّع ميّز بين ثلاث صور لبيع الأملاك العقارية؛ تتعلّق الصورة الأولى ببيع عقار مبني، وفي هذه الحالة ينصب البيع على بناء مكتمل فيكون البيع حالا، نظمته المادة 26 من القانون 04-11، وتتعلّق الصورة الثانية ببيع احتمالي قد يتحقق أو لا يتحقق في إطار عقد حفظ الحق، نظمته المادة 27 من نفس القانون، أمّا الصورة الثالثة، وهي التي نظمتها المادة 28 السابق ذكرها، والمتعلّقة بعقد بيع لبناية أو جزء منها مقرر بناؤها أو هي في طور البناء، ويكون البيع في هذه الحالة الأخيرة، بيع يرد على شيء مستقبل محقق الوقوع، هذا ما يفيد أن البيع على التصاميم ما هو إلا كيفية من كيفية بيع الأملاك العقارية، وأن المرقبي العقاري هو بائع يلتزم في مواجهة المكاتب بنقل الملكية وليس البناء، وهو ما تبيّن أيضا، من خلال ما نصّت عليه المادة 35 من القانون رقم 04-11، فموضوع عقد البيع على التصاميم هو تحويل ملكية البناية المقرر بناؤها أو التي هي في طور الإنجاز وليس الأرض، وهو ما تمّ استنتاجه أيضا، من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 13-431 الذي يحدّد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، الذي لم يُشر إلى حقوق الأرض، وهو ما يجعله متناقض ونص المادة 28.

40- عرّف المشرّع عقد البيع في المادة 351 من القانون المدني من خلال آثاره، أي الالتزامات الرئيسية لكل من البائع والمشتري، وهو المنهج الذي أتبعه في تعريف عقد البيع على التصاميم.

41- فوزية عمروش، عقد البيع على التصاميم وفقا للقانون رقم 04-11 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، 2020، ص. 2.

42- المرسوم التنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 15 صفر عام 1435 الموافق 18 ديسمبر سنة 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفية دفعها، الجريدة الرسمية العدد 66، الصادرة في 25 ديسمبر 2013.

43- فوزية عمروش، مرجع سابق، ص. 2.

44- مرجع نفسه، ص. 3 و 4.

45- نصّت المادة 26 في فقرتها الأولى على "عقد بيع عقار مبني هو كل عقد رسمي يحوّل بموجبه المرقبي العقاري، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني، الملكية التامة والكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة"؛ ونصّت المادة 27 في فقرتها الأولى "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقبي العقاري بتسليم العقار المقرر بناءه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنجازه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير"؛ تنص المادة 25 من القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السالف الذكر على "يجب أن يكون البيع من طرف المرقبي العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد يعد قانونا في الشكل الرسمي طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وطبقا لأحكام هذا القانون".

## 2- التناقض بين نص المادة 28 من القانون 11-04 ونموذج عقد البيع على التصاميم:

لقد لاحظ الفقه<sup>46</sup> من جهة أخرى، أن هناك تناقضا يتعلّق بموضوع عقد البيع على التصاميم، بين ما نصّت عليه المادة 28 من القانون 11-04 السالف الذكر، وما نصّ عليه المرسوم التنفيذي 13-431 سالف الذكر، في الملحق الأول منه "نموذج عقد البيع على التصاميم"، وبالتحديد في بند "تصريح المرقي العقاري"<sup>47</sup> وفي "بند تصريح المكتتب"<sup>48</sup>، بالإضافة إلى "بند التعيين"<sup>49</sup>، فكل هذه النصوص لم تشر أصلا إلى حقوق الأرض، بل تؤكد أنّ موضوع أو محل عقد البيع على التصاميم يكمن في البناية أو جزء منها، غير أن ملكية البناية تشمل الأرض أيضا باعتبارهما محل واحد غير منفصل، فالأرضية لا تنفصل عن البناء، بل البيع يخصّهما معا في آن واحد<sup>50</sup>، وهو ما جعل نموذج عقد البيع على التصاميم لا يذكر الأرض أو الحقوق عليها، لأنها تباع مع البناية التي تنتج باعتبارهما محل واحد<sup>51</sup>.

### ثالثا- قراءة جديدة في بعض قرارات المحكمة العليا: اكتساب الملكية المشهورة بالتقادم المكسب؟

إن الدور الأساسي للقاضي هو تطبيق القانون وإيجاد الحلول للقضايا المرفوعة أمامه، إضافة إلى ذلك، فهو يعمل على تفسير النصوص القانونية عندما يشوبها الغموض أو التناقض، إلى جانب الاجتهادات التي يقوم بها في حالة وجود نقص في التشريع. كل هذه الأعمال القضائية يسعى الفقه إلى تحليلها وإظهارها إلى الساحة القانونية، وهذا ما يؤكد أهمية الدور الذي يقوم به في هذا المجال، ونذكر على سبيل المثال، دوره في التعليق على قرارات المحكمة العليا المتعلق باكتساب الملكية المشهورة بالتقادم المكسب.

يرى بعض الفقه أنّه كثيرا ما يقع الخلط بين التقادم المكسب المنصوص عليه في المادة 827 مدني، ودعوى الحيازة التي نصت عليها المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمواد 817، 820 و 821 مدني، فالأول يعتبر طريقا من طرق اكتساب الملكية العقارية، وأما الثانية التي فهي دعوى ترمي فقط لحماية الحيازة ولا علاقة لها بالملكية وهو ما يبدو واضحا في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15 أكتوبر 2008<sup>52</sup> والقرار الصادر في 14 جانفي 2021<sup>53</sup>، إذ جاء في القرار الأول "حيث من الثابت ما نصت عليه المادة 827 من القانون المدني أن من حاز عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته مدة 15 سنة بدون انقطاع أي أن الحيازة هي سبب من أسباب كسب الملكية العقارية حتى في مواجهة من له سند صحيح لأن هذا النص لم يستثني العقارات التي لها عقود مشهورة هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن نص المادة 39 من قانون التوجيه العقاري تتعلق بمنح شهادات الحيازة للحائزين لأرض لم يتم مسحها ومنه فإن المادة 39 من قانون التوجيه العقاري لا مجال لتطبيقها....".

أمّا القرار الثاني فجاء فيه "كون العقار محل النزاع يقع بمنطقة ممسوحة تستثنى من إمكانية التملك عن طريق التقادم المكسب نظرا للقوة الثبوتية المطلقة لعقود الملكية الناتجة عن ذلك....، وحيث أنه، وباستنفاد هذه الإجراءات والأجال، يصبح الترقيم المؤقت ترقيما نهائيا ولا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عنه إلا عن طريق القضاء المختص الذي هو القضاء الإداري وفقا لأحكام المادة 16 من

46- فوزية عمروش، مرجع سابق، ص. 4 و 5.

47- "ويصرح كذلك (المرقي العقاري-البائع) بأن: تعتبر البناية (أو جزء من البناية) موضوع عقد البيع على التصاميم ملكيته الكاملة وليس موضوع إجراء قانوني يحد حق الملكية وليست مثقلة بأي رهن".

48- "يصرح البائع باعتباره الجهة الأولى، أنّه يبيع البناية مع التزامه بكل الضمانات العادية والقانونية في هذا المجال....".

49- "بند التعيين من نموذج عقد البيع على التصاميم، في عنصر "التحديد الدقيق للموقع " "...وهكذا يشكل الملك المباع حصة رقم...من الكشف الوصفي..."، ما يعني أن المرقي العقاري يبيع حصة من البناء للمكتتب وليس الأرض في حد ذاتها.

50- هذا ما أكدته المادة 34 فقرة أولى من القانون 11-04 سالف الذكر، حيث نصت على "يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء....".

51- فوزية عمروش، المرجع السابق، ص. 4 و 5.

52- نقض عقاري، ملف رقم 479371 بتاريخ 2008/10/15، مجلة المحكمة العليا 2008، العدد 2، ص 273.

53- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2021/01/14، ملف رقم 1206937.

المرسوم رقم 75/74 المذكور أعلاه، ويسلم للمالك الدفتر العقاري الذي تنسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية، ويشهر ويعد سندا لملكية العقار أو الحق العيني موضوع الشهر و في مواجهة الكافة ولا يبقى هناك مجال للدفع بالحيازة المؤدية إلى التقادم المكسب الذي يفترض ممارسته لكل من له مصلحة في ذلك أثناء الترقيم المؤقت، ولأن هذا الدفع -حينئذ- أصبح يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر العقاري، عملاً بأحكام المواد 12، 16، 18 و 19 من الأمر رقم 75/74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري".

إن المعروف والمتفق عليه، أن حق الملكية هو حق مالي ويتميز عن الحقوق غير المالية بكونه قابلاً للتملك، وللتداول، والحجز والتقادم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، كما هو الشأن مثلاً، بالنسبة لبعض الأملاك التابعة للدولة التي يمنع القانون تملكها بالتقادم<sup>54</sup> صراحة، والقرار الأخير خالف مبدأ من المبادئ الأساسية للانتقال للحقوق المالية إذ منع التمسك بالتقادم المكسب بالنسبة للعقارات التي تحوز دفترها عقارياً وفي غياب النص القانوني وهذا بحجة أن هذا الدفتر له قوة ثبوتية مطلقة.

ونرى بالنسبة للوجه الذي تمسكت به المحكمة العليا، أي القوة الثبوتية المطلقة للدفتر العقاري، غير سديد، كون المشكل القانوني الذي يُثار في إطار التقادم المكسب لا علاقة له بمسألة الإثبات، فالمستفيد منه لا ينازع في أن الملكية لا تعود إلى خصمه، إلا أنه يتمسك بحيازة الشيء الذي أصبح ملكاً له بموجب القانون، كون التقادم المكسب طريقاً من طرق اكتساب الملكية طالما توافرت الشروط المطلوبة قانوناً، مردّه استقرار الأوضاع القانونية.

يتبين لنا في الأخير، من كل القراءات السابقة ذكرها، أن للفقهاء دوراً مهماً لا يستهان به في تطوّر القانون.

<sup>54</sup>تنص المادة 689 من القانون المدني المعدل والمتمم على أنه: "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم. غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688، تحدد شروط إدارتها، وعند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها".